II.

Ueber die Beweislast bei der Negatorienklage (1830).

Von

Du Roi,

weil. Oberappellationsrath zu Lübeck.

Mit einem Nachtrage des weil. Oberappellationsgerichtspräsidenten Dr. Heise in Lübeck.

Bei der bekannten Controverse, ob bei der actio negatoria die Existenz der Servitut vom Beklagten oder die Nichtexistenz der Servitut vom Kläger bewiesen werden müsse, ist nach meiner Ansicht die Präjudicialfrage,

worin besteht eigentlich der Klaggrund bei der actio negatoria? nämlich:

ist der Klaggrund das Eigenthum des Klägers, und die Zuständigkeit der Servitut eine Einrede: oder

ist der Klaggrund die Behauptung, daß dem Beklagten eine gewisse Servitut nicht zustehe?

Je nachdem diese Frage auf die eine oder auf die andere Art beantwortet wird, gelange ich zu einem völlig entgegengesetzten Resultate.

Beurtheilt man nun die obige Frage

1) aus dem logischen Standpunkte nach allgemeinen Rechtsbegriffen, so wäre es in dem Falle, wenn sich ein Dritter an meiner Sache eine Servitut anmaßt, die ich ihm nicht zugestehe, allerdings völlig genügend, aus meinem Eigenthum zu klagen: Denn in dem Eigenthum ist ja das Recht begriffen, einem Dritten jede Art von Disposition über meine Sache zu untersagen. Ich könnte mithin so klagen: „Ich bin Eigenthümer der Sache, also muß der Beklagte das Factum des uti frui, das ire agere u. s. w. unterlassen, und brauchte des Umstandes, daß der Beklagte sich eine Servitut anmaßt, gar nicht in der Klage zu erwähnen, sondern könnte warten, daß er mit der Behauptung, es stehe ihm ein mein Eigenthum beschränkendes Servitutrecht zu, excipiendo auftrete, und sodann dieselbe replicando leugnen. Auf

diese Weise wird auch wirklich verfahren, wenn sich der Beklagte irgend ein anderes Recht an der Sache, außer der Servitut, anmaßt — z. B. ein Pfandrecht, ein jus emphyteuticarium, ein jus superficiarium, wenn er behauptet, die Sache in Pacht zu haben u. dergl. — man stellt die rei vindicatio gegen ihn an, also man klagt, „weil ich Eigenthümer bin, muß mir der Beklagte die Sache herausgeben", ohne seines angemaßten Pfandrechts u. s. w. zu erwähnen, und er muß damit als Einrede hervortreten.

So wahr dies Alles aber auch ist, so muß ich doch der Meinung sein, daß

2) nach positivem römischen Rechte die Sache sich anders verhält: daß nämlich der Klaggrund der negatoria nicht das Eigenthum, sondern die negative Behauptung ist, dem Beklagten stehe eine gewisse Servitut nicht zu, und daß das Eigenthum des Klägers dabei nur als legitimatio ad causam, als ein Umstand, woraus das rechtliche Interesse des Klägers erhellt, eine solche negative Klage anzustellen, vorkommt.

Meine Gründe für diese Ansicht sind folgende:

a) §. 2 J. de actionib.

Contra quoque de usufructu et de servitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum, invicem quoque proditae sunt actiones: ut si quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi, etc. istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae.

Die actio negatoria ist also eine actio negativa de usufructu und de servitute.

Dann heißt es ferner:

Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est:

— wie kann hiernach die actio negatoria eine Klage aus dem Eigenthum an der res corporalis sein? — Nam in his is agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse: — hier wird die actio negatoria mit einer Klage, durch welche das Eigenthum des Gegners an einer res corporalis geleugnet wird,

gleichgestellt: sie ist also eine Klage, durch die man das Eigenthum des Gegners an einer res incorporalis — an einem Nießbrauch oder einer Servitut leugnet. —

Mit dieser Stelle verbinde ich sogleich den Commentar von Theophilus.

Dieser sagt nach der Uebersetzung von Fabrot:

Negatoria vero agit ipse dominus fundi aut aedium, affirmans adversarium usufructum aut servitutem in fundo suo aut aedibus non habere.

Nachher macht er sich den Einwurf, wie man eine solche negative Klage anstellen könne,

cum non ex eo iure, quod ipse habet, sed ex fragili adversarii iure obtinere praetendat: ait enim, si paret hunc ius utendi fruendi non habere,

und weiter darauf:

cum negatorie pro rebus incorporalibus agimus, quamvis ipsa verba actionis in rem negatoriae in negationem sonent, tamen effectus ipse actionis confessoriae est. Cum enim in confessum veniat, dominum fundi aut aedium esse me; (vel eo quod adversarius usumfructum eorum aut servitutem in his sibi deberi dicat) — das Eigenthum des Klägers ist also nicht der Klaggrund, sondern wird bei Anstellung der Klage vorausgesetzt — ego cum dico, si paret hunc usumfructum aut servitutem in fundo meo non habere, actionis vi et potestate, sive in effectu hoc dicere videor, si paret fundum meum ab usufructu aut servitute liberum esse.

b) Die Rubriken der beiden Pandektentitel, in welchen die actio negatoria abgehandelt wird — 7, 6 und 8, 5.

Hier wird sie mit den Worten bezeichnet:

si ususfructus ad alium pertinere negetur, und, si servitus ad alium pertinere negetur.

c) l. 5 §. 2 D. si usufr. pet.

Si partis fundi usufructus constituatur, potest de eo in rem agi, sive vindicet quis usumfructum, sive alii neget.

d) l. 2 pr. D. si serv vind.

De servitutibus in rem competunt nobis actiones — tam

confessoria quam negatoria: confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat.

e) l. 4 § 7 eod. tit.

Competit autem de servitute actio domino aedificii, neganti servitutem se vicino debere.

f) l. 8. § 3 eod. tit.

sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi deberi ait, si vero non sunt immissa, eum qui negat.

g) Diejenigen Worte, welche bei jeder Klage aus dem Eigenthume charakteristisch sind, und in keiner dieser Klagformeln fehlen, si paret rem meam esse, finden sich in den formula der actio negatoria nicht, sondern diese Formel lautet: si paret adversario ius non esse.

— S. das ganze 7te und 8te Buch der Pand. §. 2 J. de act., und Theophilus das.

Die Worte si paret rem meam esse haben ja keine besondere Beziehung auf eine Restitution der Sache, und könnten an sich eben so gut bei einer Turbation gebraucht werden: wie sollten nun die Römer dazu gekommen sein, sie nicht zu gebrauchen, wenn die actio negatoria eine Klage aus dem Eigenthume contra turbantem wäre, und den eigentlichen Klaggrund in der formula nicht auszuheben?

Endlich h) sind die Worte in der formula negatoria „si paret adversario ius non esse" offenbar das Gegentheil von den Worten in der formula confessoria „si paret mihi ius esse"; da die actio negatoria der actio confessoria entgegengesetzt und im Verhältnisse zu derselben eine actio contraria genannt wird.

L. 8 pr. D. si verv vind.

Nun aber bedeutet in der formula confessoria das Wort ius nicht ein Recht im Allgemeinen — mihi jus est utendi fruendi z. B. heißt nicht, ich habe das Recht, als Eigenthümer, als Emphyteuta, als antichretischer Pfandgläubiger, als Pächter mir die Früchte der Sache zuzueignen — sondern ein Servitutrecht: also können auch die Worte in der formula negatoria: Tibi ius non esse, nicht bedeuten: „Du hast Unrecht, dir die Früchte

der Sache zuzueignen, weil ich Eigenthümer bin", sondern sie müssen bedeuten „du hast nicht die Servitut des Nießbrauchs".

Bei diesem letzten Grunde darf freilich nicht unbemerkt bleiben, daß es einen Fall giebt, wo das Wort ius in der formula des actio confessoria und negatoria einen andern Sinn hat. Bei denjenigen Prädialservituten nämlich, welche in non faciendo bestehen, lautet die actio confessoria: „Tibi ius non esse ita facere" und die actio negatoria: „Mihi ius esse ita facere". Die völlig beweisende Stelle hierfür ist L. 17. §. 1. D. si serv. vind. und allem Anscheine nach gehören auch die Formeln „Tibi ius non esse altius tollere" und „Mihi ius esse altius tollere" hierher,

L. 4 §. 7 et 8. D. si serv. vind. L. 15 D. de novi op. nunc.

sofern man annimmt, daß die letzteren Stellen von der servitus altius non tollendi reden und nicht von der servitus altius tollendi, welche ebenfalls vorkommt.

§. 2 J. de action.

Hier heißt ius nicht Servitut, sondern Recht als Eigenthümer. Aber aus diesen einzelnen wenigen Formeln, welche ganz anomal sind, indem in denselben die actio confessoria negativ und die actio negatoria — der Benennung zuwider — affirmativ gefaßt sind, kann nicht auf das Wesen der actio negatoria geschlossen werden, sondern dabei muß man auf die regelmäßig gefaßten Formeln — Mihi ius esse für die actio confessoria, Tibi ius non esse für die actio negatoria — sehen, und hier hat das Wort ius in der actio confessoria niemals einen andern Sinn als „Servitutrecht". Jene Formeln für die servitutes in non faciendo haben auch schwerlich im prätorischen Edict gestanden, da diese Servituten so unbedeutend sind; und wahrscheinlich haben sie ihren Grund in dem Sprachgebrauche des gemeinen Lebens, welchem es zu schwerfällig war, die actio negatoria durch die doppelte Negative Tibi ius non esse mihi non licere altius tollere auszudrücken, wie es kunstmäßig hätte geschehen müssen.

Die Gegengründe, welche für die Meinung angeführt werden, daß der Klaggrund bei der actio negatoria das Eigenthum sei, kann ich, verglichen mit den obigen Gründen, nicht für erheblich halten. Sie sind folgende:

a) Man beruft sich darauf — was ich oben selbst gesagt habe, daß es gegen die allgemeinen Rechtsbegriffe sei, statt aus dem Eigenthume, aus der Negative zu klagen, daß dem Beklagten keine Servitut zustehe.

Dieser Einwand hat aber bei den römischen Actionen und Klagformeln wenig Gewicht, welche nicht logisch und systematisch entworfen sind, wie die neueren Compendien, sondern historische Gründe haben, die uns zum Theil unbekannt sind, und in die ältesten Zeiten — auf die legis actiones — zurückgehen. Ein solcher historischer Grund nun, welcher es erklärt, warum für den Fall, wenn sich Jemand eine Servitut anmaßt, die der Eigenthümer der Sache nicht anerkennt, nicht die Eigenthumsklage, sondern eine besondere Klage, wobei der Kläger als Klaggrund behaupten muß, daß der Beklagte keine Servitut habe, gegeben ist, dürfte sich in dem alten Vindicationsverfahren, wie es bei den legis actiones vorkam, finden.

Dieses Verfahren bestand nämlich bei der Vindication von res corporales — der rei vindicatio — darin, daß im Anfange des Prozesses beide Parteien als Kläger auftraten. Der Eine vindicirte die Sache mit den Worten „Aio rem meam esse ex iure Quiritium", und der Andere vindicirte ganz mit denselben Worten — contra vindicabat. — Hierauf bestimmte erst der Prätor, wahrscheinlich nach dem Besitzstande, welcher von beiden Theilen als Kläger agiren, welche von beiden Vindicationen instruirt werden solle — quis partes petitoris sustinere debeat.

Gaj. 4. §. 16 u. 17.

Daß ein solches Vindicationsverfahren gleichfalls stattfand, wenn Jemand eine Servitut in Anspruch nahm, leidet keinen Zweifel: theils weil Gajus allgemein sagt, es sei dasselbe bei den actiones in rem vorgekommen,

Gaj. 4. §. 16.

die actiones in rem wegen der Servituten aber zu den alten actiones civiles et legitimae gehörten,

§. 2 u. 3 J. de act.

theils weil sich bei den Servituten die in jure cessio findet,

Gaj. 2. §. 29 u. 30.

welche bekanntlich nichts Anderes ist, als eine fingirte Vindication

nach der Form legis actio, wobei der Gegner die contravindicatio nicht vornahm.

Gaj.. 2. §. 24.

Wie dabei die Formeln gelautet haben, welche beide Parteien aussprachen, wissen wir zwar nicht positiv, da in den aufgefundenen Manuscripten von Gajus gerade das Blatt fehlt, worin muthmaßlich von der Vindication der Servituten die Rede ist,

hinter 4. §. 17

aber unstreitig hat derjenige, welcher die Servitut behauptete, gesagt „Aio ius mihi esse utendi fruendi, eundi agendi", und der Eigenthümer der Sache hat nicht wohl etwas Anderes antworten können als „Aio ius utendi fruendi, eundi agendi tibi non esse": denn er konnte ja nicht sagen, wie bei der Vindication einer res corporalis, daß die vindicirte Servitut ihm zustehe, und die Servitut contravindiciren, da dieselbe Person nicht zugleich Eigenthümer sein und eine Servitut haben kann. Die contravindicatio des Eigenthümers bestand also in dem Leugnen der Servitut, was sich durch die L. 3. §. 8 D. de rivis bestätigt:

> plane per in rem actionem dicendum est, posse adversus eum vindicari ius ei non esse, dubium non est.

Hierauf bestimmte dann der Prätor, wahrscheinlich ebenfalls nach dem Besitzstande,

conf. L. 8. §. 3. D. si serv. vind.

wer Kläger sein, welche vindicatio instruirt werden solle.

Dadurch erklärt sich nun vollkommen:

erstlich, warum die Klage aus dem Eigenthume an der res corporalis in dem Falle nicht anwendbar war, wenn der Streitpunkt die Existenz oder Nichtexistenz einer Servitut betraf. Hätte der Eigenthümer aus dem Eigenthume geklagt, Aio rem meam esse, so durfte der Gegner nicht antworten, wie im jetzigen Prozesse „Ich räume dein Eigenthum ein, behaupte aber eine Servitut zu haben —, sondern er mußte contravindiciren, Aio rem meam esse, und wenn er dies nicht that — si cedebat in iure — wurde er sachfällig: der Servitutberechtigte konnte aber nicht sagen: Aio rem meam esse".

Zweitens, wie es zugeht, daß hier der Klaggrund in einem

Leugnen besteht. Das Leugnen des Eigenthümers, daß der Gegner eine Servitut habe, war nach dem alten Vindicationsverfahren keine negative Litiscontestation, sondern eine vindicatio, eine Gegenklage, und wurde, wenn der Gegner im Besitz war, als Klage instruirt.

Drittens, warum eine solche Klage sich gerade nur gegen Servituten, nicht aber gegen andere dingliche Rechte — Pfandrecht, Emphyteusis, Superficies — findet. Die actiones in rem wegen der Servituten nämlich sind, wie schon oben bemerkt ist, alte actiones civiles et legitimae, die Klagen wegen der übrigen iura in re aliena hingegen neuere prätorische Klagen, bei welchen ein Vindicationsverfahren nach der legis actio, mithin eine contravindicatio, niemals stattgefunden hat. Bei diesen letzteren dinglichen Rechten konnte also, wenn der Eigenthümer die rei vindicatio anstellte, der Beklagte jederzeit, sowie im heutigen Prozesse, antworten, daß er zwar das Eigenthum des Klägers einräume, aber ein dingliches Recht an der Sache habe: und wenn der Pfandgläubiger u. s. w. klagte und der Eigenthümer dessen Recht leugnete, so war dieses Leugnen keine Gegenklage, sondern eine negative Litiscontestation.

Man beruft sich ferner

b) auf folgende Stellen:

L. 13. L. 14. §. 1. L. 17 pr. D. si servit. vind. L. 6. §. 2. D. arbor. fact. caes.

und will daraus den Schluß ziehen, die actio negatoria sei eine Klage, nicht bloß gegen angemaßte Servituten, sondern im Allgemeinen gegen alle Arten von Störungen im Eigenthum, wobei sich dann kein anderer Klaggrund, als das Eigenthum, denken lasse.

Ich kann nun aber den obigen Schluß, daß die actio negatoria eine allgemeine Klage gegen Störungen im Eigenthume sei, durchaus nicht für richtig halten. — Prüft man nämlich die angeführten Stellen näher, so findet man

erstlich: sie enthalten sämmtlich Fälle, die einer gewissen Servitut ganz ähnlich sind, wobei namentlich auf Seiten des praedium serviens ganz dasselbe physische pati, wie bei gewissen bekannten Servituten, vorkommt. Im ersten Falle fließt aus ei-

ner schadhaften Wasserröhre, welche meinem Nachbar zugehört, aber auf dem öffentlichen Wege liegt, auf mein Grundstück Wasser: dies ist einer servitus fluminis ganz ähnlich, und kann nur deßhalb keine Servitut sein, weil das Wasser nicht unmittelbar von des Nachbars Grundstücke, sondern vom öffentlichen Wege — wiewohl aus einer Röhre des Nachbars — kommt. Im zweiten Falle hat der Nachbar auf seinem privativen Eigenthume etwas vorgerichtet, wodurch eine gemeinschaftliche Scheidemauer sich auf mein Haus lehnt: dies wäre eine angemaßte servitus oneris ferendi, wenn nicht die Mauer eine res communis wäre, durch die gegen den condominus keine Servitut ausgeübt werden kann. Im dritten Falle bekommt die Mauer des Nachbars einen Bauch, der in meinen Luftraum überhängt; im vierten Falle treibt ein Baum des Nachbars Wurzeln in mein Land: jenes ist einer angemaßten servitus projiciendi, dieses einer servitus immitendi gleich, und der Unterschied ist nur, daß dabei ein eigentliches Factum des projicere und immittere, als menschliche Handlung nicht vorkommt.

Zweitens finden wir, wenn wir die für die obigen vier Fälle gegebenen Klagformeln untersuchen, daß dieselben, gleichsam per fictionem, so gefaßt sind, als ob wirklich eine angemaßte servitus fluminis recipiendi, oneris ferendi, projiciendi, immittendi in Frage stände. Die Erste lautet:

ius tibi non esse, flumina ex tuo in meum parietem fluere:

hier ist das Wort flumina aus der formula Ius tibi non esse flumina immittere (L. 1. §. 17. D. de aq. et aq. pluv. arc.) gebraucht, und die nach des Beklagten Grundstücke führende Wasserröhre ist als ein Theil des Grundstücks selbst (ex tuo) dargestellt.

Die zweite Formel ist,

ius tibi non esse parietem illum ita habere:

hier wird so geredet, als sei die Mauer privatives Eigenthum des Beklagten, parietem ita habere. —

Die dritte und vierte Formel endlich

ius tibi non esse, illum parietem ita projictum in meum esse

und

non esse ei ius, sicuti tignum aut procietum immissum habere

sind offenbare Accommodationen an die formulae gegen eine angemaßte servitus projiciendi und tigni immittendi.

Die obigen Stellen dürften also im Gegentheil ein Beweis dafür sein, daß die actio negatoria eine eigenthümliche Klage zur Bestreitung von angemaßten Servituten ist, weil man, um dieselbe in anderen ähnlichen Verhältnissen zu gebrauchen, eine Fiction, als stehe eine gewisse Servitut in Frage, nöthig hat.

Weiter führt man

c) die L. 5. pr. D. si usufr. pet. an, nämlich die Worte:

de suo enim, non de alieno jure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videtur quam alieno: cum invito se neget ius esse utendi fructuario, vel sibi ius esse prohibendi.

In diesen Worten ist aber nicht von dem Klaggrunde die Rede, sondern von dem rechtlichen Interesse des Klägers bei dem negativen Klaggrunde, daß dem Beklagten kein Nießbrauch zustehe. Ulpian macht sich bei dem Satze, quemque de suo, non de alieno jure agere oportet, den Einwurf, daß ja doch die actio negatoria, Jus tibi non esse utendi fruendi, eine Klage de iure alieno sei: und beantwortet denselben dadurch, daß, da diese Klage nur von dem Eigenthümer angestellt werden könne, die Nichtexistenz des Nießbrauchs auf Seiten des Beklagten dem Kläger ein jus proprium, nämlich das ius prohibendi, verschaffe. Man vergleiche hiermit die ganz ähnliche oben angeführte Argumentation von Theophilus:

cum enim in confessum veniat dominum fundi aut aedium esse me — — — ego cum dico, si paret hunc usumfructum aut servitutem in meo fundo non habere, — — — in effectu hoc dicere videre, si paret fundum meum ab usufructu aut servitute liberum esse.

d) Man wendet ferner ein, der Begriff der actio in rem werde im §. 1 J. de act. darin gesetzt, si Titius (rem) suam esse intendat, in rem actio est. Die actio negatoria sei eine actio in rem, müsse also eine Klage aus dem Eigenthume an

der res corporalis sein, da dem Kläger kein anderes dingliches Recht zustehe.

Dieser Einwurf beseitigt sich sehr leicht durch die Worte im §. 2. J. de action.

Istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae.

Die actio negatoria ist eine actio in rem, weil durch sie das Eigenthum eines Andern — an einer res corporalis, das dingliche Recht eines Andern geleugnet wird. Der gemeinschaftliche Begriff der actio in rem ist, eine Klage über ein dingliches Recht, nicht, aus einem dinglichen Rechte: eine Klage, wodurch entweder ein dingliches Recht behauptet, oder ein dingliches Recht geleugnet wird.

c) Endlich sagt man wohl,

wenn denn auch der Klaggrund der actio negatoria nicht das Eigenthum, sondern die Verneigung der Servitut sein sollte, so müsse es doch dem Eigenthümer unbenommen bleiben, statt dieser actio negatoria gegen den, welcher sich eine Servitut anmaßt, die gewöhnliche Eigenthumsklage — die rei vindicatio — anzustellen: es sei also eine unpraktische Frage, nach dem Klaggrunde der actio negatoria zu forschen, da der Eigenthümer derselben nicht bedürfe.

Ich muß nun aber der Meinung sein, daß in denjenigen Fällen, für welche die actio negatoria gegeben ist, also wo der Beklagte eine Servitut an der Sache behauptet, und der Eigenthümer dieselbe in Abrede stellt, die rei vindicatio nicht Statt findet, sondern der Eigenthümer, wenn er nicht possessorisch oder mit dem interdictum quod vi aut clam klagen kann, keine andere Klage als die actio negatoria anstellen darf: wovon dann die Folge ist, daß, wenn der Eigenthümer in einem solchen Falle die rei vindicatio anstellen wollte, der Beklagte excipiren kann. „Da er das Eigenthum des Klägers nicht bestreite, aber an der Sache ein Servitutrecht behaupte, so sei die gewählte Art der Klage unstatthaft, und müsse die Klage sodann angebrachtermaßen abgewiesen werden."

Dieser Satz kann

α. bei den Prädialservituten, worauf es in vorliegendem Falle zunächst ankommt, wohl wenig Zweifel leiden: denn

hier ist schon der Grund entscheidend, daß bei den Prädialservituten der Beklagte kein possessor der res corporalis ist, weder ein possessor civilis noch naturalis, die rei vindicatio aber nur gegen den possessor der res corporalis angestellt werden kann.

§. 1 et 2 J. de action. L. 9 D. de rei vind. L. 25 pr. D. de oblig. et act.

β. beim Nießbrauche tritt dieser Grund zwar nicht ein, da der Usufructuar possessor naturalis der res corporalis ist: mir scheint aber daraus, daß im römischen Rechte gegen einen angemaßten Usufructuar die actio negatoria als praktische Klage gegeben wird, von selbst zu folgen, daß in dem Falle, wofür sie gegeben ist, die rei vindicatio nicht stattfindet, und im corpus iuris findet sich nicht ein einziges Beispiel, wo sie in jenem Fall zugelassen würde. Die L. 7 pr. D. usufructuar. quemadm. cav., welche wohl als ein solches Beispiel angeführt wird, gehört nicht hieher. Diese Stelle redet von dem Falle, wenn der Erbe dem Usufructuar die Sache hingegeben hat, ohne sich von ihm cautio usufructuaria bestellen zu lassen, und nun zu dem Zwecke vindicirt, um den Usufructuar zu der Bestellung der Caution zu nöthigen. Hier liegt also kein Fall vor, wo der Erbe die negatoria actio anstellen könnte, denn er bestreitet ja die Existenz des Nießbrauchs nicht: der von mir vertheidigte Satz aber ist nicht der, daß gegen den Usufructuar überhaupt keine rei vindicatio angestellt werden könnte, sondern der, daß die rei vindicatio in denjenigen Fällen nicht stattfinde, für welche die actio negatoria gegeben ist.

Wenn ich nun durch die bisherigen Untersuchungen zu dem Resultate gelange,

der Klaggrund der actio negatoria ist die Behauptung, daß dem Beklagten eine gewisse Servitut nicht zustehe,

so muß ich der Meinung sein, daß der Kläger bei der actio negatoria die Nichtexistenz des Servituts zu beweisen hat.

Dafür bestimmen mich zwei Gründe:

a) die allgemeine Regel, daß der Kläger seinen Klaggrund beweisen muß:

L. 21. D. L. 8. L. 29. C. de probat.,

eine Regel, welche im römischen Rechte so ausgemacht ist, daß

die römischen Juristen die Worte „Kläger sein" — partes petitoris, actoris sustinere — und „beweisen müssen" als gleichbedeutend ansehen.

L. 19 pr. D. de probation. L. 15 in f. D. de novi op. nunc. L. 7. §. 5 D. de liberal. c.

b) Die L. 15 D. de nov. op. nunc., welche den Beweis giebt, daß diese allgemeine Regel in specie bei der actio negatoria ihre Anwendung findet.

Ich erlaube mir, dieses nach meiner Meinung ganz entscheidende Gesetz hier näher zu erläutern.

Nach dem alten römischen Prozesse mußte bei der actio confessoria der Beklagte dem Kläger außer der cautio judicatum solvi, welche der Beklagte bei jeder actio in rem zu bestellen hatte,

pr. J. de satis dat. Gaj. 4. §. 89.

noch die Caution machen, daß er den Kläger bis zur Entscheidung des jetzigen Prozesses nicht an der Ausübung der Servitut verhindern, und umgekehrt mußte bei der actio negatoria der Beklagte caviren, daß er bis zur Entscheidung des jetzigen Prozesses die Servitut nicht ausüben wolle,

L. 60 §. 1. D. de usufr. L. 7 D. de aq. quotid. — In der ersteren Stelle ist offenbar die Lesart „differtur" die richtige.

Die L. 15 de n. o. n. verordnet nun Folgendes:

Si prius quam aedificatum esset, ageretur, ius vicino non esse aedes altius tollere,

— wenn die actio confessoria wegen einer servitus altius non tollendi angestellt wird, conf. L. 4. §. 8 D. si serv. vind. — nec res ab eo defenderetur,

und der Beklagte die cautio judicatum solvi nicht bestellt, partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere iuberet, non prius se aedificaturum quam ultro egisset, ius sibi esse altius tollere:

— so soll der Beklagte statt der gewöhnlichen Caution, daß er bis zur Entscheidung der jetzigen actio confessoria nicht bauen wolle, die Caution machen, daß er nicht eher bauen wolle, als bis er seinerseits die actio negatoria angestellt haben würde. —

Idemque e contrario cum quis agere vellet, ius sibi esse invito adversario altius tollere,

— wenn die actio negatoria wegen der servitus altius non tollendi angestellt wird, conf. L. 4. § 7. D. si serv. vind. —

eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adversarium iubeat, nec opus novum se nuntiaturum nec aedificanti vim facturum.

— Hier ist nach dem vorhergehenden „idemque e contrario" und „similiter" offenbar hinzuzudenken, priusquam ultro egisset ius adversario non esse altius tollere: also, der Beklagte soll, si rem non defendit, statt der gewöhnlichen Caution, daß er bis zur Entscheidung der jetzigen actio negatoria den Bau nicht hindern wolle, die Caution machen, daß er den Bau nicht hindern wolle, bevor er nicht seinerseits die actio confessoria angestellt haben würde. —

Hierauf heißt es nun weiter:

Eaque ratione hactenus is, qui rem non defendet, punietur, ut de iure suo probare necesse habeat: id enim est, petitoris pertes sustinere.

In diesem Schlußsatze, welcher sich auf beide vorher erwähnte Fälle, auf den wo die actio confessoria und auf den wo die actio negatoria angestellt war, bezieht, ist ein zwiefaches Argument für den Satz enthalten, daß der Kläger bei der actio negatoria den Klaggrund beweisen muß.

α. Sofern sich derselbe auf den Fall bezieht, wo die actio negatoria angestellt war, liegt das Argument in dem Worte punietur. Wenn es bei angestellter actio negatoria für den Beklagten eine besondere poena contumaciae ist, daß ihn die Beweislast trifft, so folgt ja daraus nothwendig, daß ohne diese contumacia der Kläger beweisen muß.

β. Sofern sich der Satz auf den Fall bezieht, wo die actio confessoria angestellt war, also der frühere Beklagte als Kläger mit der actio negatoria auftreten muß, liegt das Argument in den Worten ut de iure suo probare necesse habeat: die Folge davon, daß der frühere Beklagte als Kläger mit der actio negatoria auftreten muß, ist, daß er den Beweis zu führen hat, also muß bei der actio negatoria der Kläger beweisen.

Wollte man übrigens die beiden Fälle umgekehrt verstehen, nämlich die ersterwähnte Klage „Ius vicino non esse aedes altius tollere“ für die actio negatoria über die servitus altius tollendi, und die letztgedachte Klage „Jus sibi esse altius tollere“ für die actio confessoria aus der servitus altius tollendi halten,

conf. §. 2 J. de act. —

so würde das Resultat ganz dasselbe bleiben, da sich der Schlußsatz, wie gesagt, auf beide Fälle bezieht.

Was gegen die Argumentation aus der L. 15 de n. o. n. gesagt wird, scheint nur sehr unbedeutend.

Es ist dieses

Erstlich, der Schlußsatz der L. 15 de n. o. n. rede von einer besonderen Strafe der contumacia.

Dieser Grund trifft nun das erste Argument sub α offenbar gar nicht. Gerade daraus, daß es nach jenem Gesetze eine besondere Strafe der contumacia ist, wenn bei angestellter actio negatoria den Beklagten die Beweislast trifft, folgt ja, daß an sich der Kläger beweisen muß.

Derselbe ist aber auch in Beziehung auf das zweite Argument sub β nicht richtig. Denn die Schuldigkeit den Beweis zu führen, ist nach der deutlichen Fassung der L. 15. cit. eine bloße Folge der Schuldigkeit, mit der actio negatoria als Kläger auftreten zu müssen: indem theils der Schlußsatz, nachdem vorher bloß von der Caution, als Kläger auftreten zu wollen, nicht aber von der Beweislast die Rede gewesen war, mit den Worten anfängt,

Eaque ratione — auf diese Weise mithin — hactenus is, qui rem non defendet, punietur, ut etc.,

theils bei den Worten, ut de iure suo probare necesse habeat, ausdrücklich hinzugefügt ist,

id enim est petitoris partes sustinere.

Die Last des Beweises ist freilich eine poena contumaciae, aber eine mittelbare, indem man wegen der contumacia Kläger — petitor — wird.

Zweitens, die ganze Stelle sei ein ius singulare bei der servitus altius non tollendi, weil dieselbe bei den Römern eine allgemeine gesetzliche Servitut gewesen sei, mithin der die actio

negatoria anstellende Kläger dabei die Regel gegen sich gehabt habe.

Theils aber ist diese letztere Behauptung, daß die servitus altius non tollendi eine gesetzliche Servitut sei und die Präsumtion für sich habe, nach

L. 9. D. de serv. pr. urb. L. 8. L. 9. C. de servitut.

offenbar unrichtig:

theils beweist der hinzugefügte allgemeine Grund, id enim est petitoris partes sustinere, daß hier von keinem ius singulare die Rede ist.

Ich muß nun noch die Gründe für die entgegengesetzte Meinung, daß der Kläger die Nichtexistenz der Servitut nicht zu beweisen brauche, nach der Reihe durchgehen: wobei ich mir nochmals zu erinnern erlaube, daß hier immer die Prämisse zum Grunde gelegt wird, daß das Klagfundament nicht im Eigenthume des Klägers, sondern in der Nichtexistenz der Servitut besteht.

Hier wird nun Folgendes gesagt:

a) Der Beweis, daß dem Beklagten keine Servitut zustehe, werde schon durch den Beweis geführt, daß der Kläger Eigenthümer sei: weil der Eigenthümer, vermöge seines Eigenthums einem Dritten jede Anmaßung an der Sache verbieten könne, bis der Dritte ein besonderes Recht dazu nachweise.

Dies ist offenbar unrichtig, und eine Verwechslung mit demjenigen Verhältnisse, welches eintreten würde, wenn der Klaggrund das Eigenthum wäre. Würde aus dem Eigenthum geklagt, so könnte der Kläger allerdings vermöge seines Eigenthums dem Beklagten das Factum, worin die angemaßte Servitut besteht, verbieten, ohne sonst etwas zu beweisen: der Klaggrund ist aber nicht das Eigenthum, sondern die Behauptung, daß dem Beklagten keine Servitut zustehe, und dieser Umstand kann unmöglich dadurch bewiesen werden, daß der Kläger Eigenthümer sei, da ja das Eigenthum des Einen die Servitut des Andern nicht ausschließt, vielmehr die Existenz der Servitut grade ein fremdes Eigenthum erfordert.

b) Scheinbarer ist das Argument:

es sei Regel, daß die Fortdauer eines jeden rechtlichen Zustandes präsumirt werde, bis eine Veränderung desselben erwiesen

sei: nun werde bei der actio negatoria aus der Freiheit der Sache von der Servitut geklagt: jede Sache aber sei ursprünglich frei gewesen: diese ursprüngliche Freiheit, welche mithin keines Beweises bedürfe, genüge zur Begründung der Klage, und der Beklagte müsse eine Veränderung derselben — durch die Errichtung eines Servituts — beweisen.[1]

Bei diesem Grunde ist zuvörderst zu bemerken, daß derselbe, da er nur aus der allgemeinen Theorie von der Beweislast hergenommen ist, gegen das, die Beweislast bei der actio negatoria speciell betreffende Argument aus der L. 15. de o. n. n. nicht gebraucht werden kann, sondern diesem Letzteren eine andere, die actio negatoria speciell betreffende Gesetzstelle entgegengesetzt werden müßte.

Ich muß aber, auch abgesehen von der L. 15. cit. den obigen Grund für unzutreffend halten. Denn

α. bei Prädialservituten, worauf es in unserem Falle zunächst ankommt, ist schon der Vordersatz, daß das dienende Grundstück nothwendigerweise ursprünglich von der Servitut frei gewesen sein müsse, nicht richtig: es kann vielmehr sehr wohl sein, daß dasselbe von Anfang an, d. h. von da an, wo es Object eines privativen Eigenthums geworden — mit der Servitut beschwert gewesen ist. In dem concreten Falle, für dessen Entscheidung diese Ausführung bestimmt ist, z. B. sind gleich die drei Möglichkeiten,

einmal, daß der Wasserlauf, da der B.'sche Hof mehrere Fuß höher ist, seinen Grund in der natürlichen Beschaffenheit des Bodens hat, also eine servitus ex natura loci vorliegt:

L. 2 pr. D. de aq. et aq. pluv.

Zweitens, daß beide Häuser ursprünglich einen Herrn gehabt haben und gleich bei der ersten Theilung auf das eine die Servitut gelegt ist.

Drittens, daß das Erbe des Klägers später bebauet ist, als das Erbe des Beklagten und dabei die Servitut zur Bedingung gemacht worden.

β. Wollte man aber auch jenen Vordersatz als richtig zugeben, so könnte ich doch die Präsumtion für die Fortdauer eines rechtlichen Zustandes hier nicht für anwendbar halten.

Diese Präsumtion ist nämlich in den Gesetzen nur in soweit begründet, daß, wenn Jemand die jetzige Existenz eines Rechts zu beweisen hat — z. B. rem meam esse, adversarium dare facere oportere — er nur den Erwerb des Rechts — bei dinglichen Rechten die acquisitio, bei Forderungen des factum obligationis — zu beweisen braucht, und nicht auch den Umstand, daß das Recht nachher nicht wieder verloren sei.

L. 16. C. de probat.

Dies läßt sich nun nicht dahin ausdehnen, daß, wenn Jemand die Negative beweisen muß, daß der Beklagte ein gewisses Recht nicht habe, es schon genüge, wenn er beweist, daß der Beklagte jenes Recht zu irgend einer frühern Zeit nicht gehabt habe, und dann präsumirt werden müsse, daß er es auch nachher nicht erworben.

Denn daraus, daß die Präsumtion gegen den Verlust eines einmal erworbenen Rechts streitet, folgt nicht, daß sie auch gegen den Erwerb eines Rechts streitet, da beides ganz verschiedene Dinge sind. Die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung fühlen dies auch wohl, und stellen daher die Präsumtion nicht so, wie ich sie hier eben gestellt habe, nämlich,

> weil der Beklagte in früheren Zeiten keine Servitut gehabt hat, so muß präsumirt werden, daß er nachher keine erworben habe,

sondern sie substituiren dem negativen Klaggrunde der actio negatoria „Dir steht keine Servitut zu" einen anderen positiven Klaggrund, die Freiheit der Sache, als ob mit der actio negatoria die Freiheit der Sache von der Servitut als eine besondere Art von Recht, gleichsam als ein status der Sache, vindicirt würde, wie mit dem praejudicium de liberali causa die persönliche Freiheit, und stellen nun die Präsumtion so,

> der Kläger muß das Recht der Freiheit beweisen, dazu genügt der Beweis des Erwerbs, und dieses Beweises bedarf es nicht, weil jede Sache ursprünglich frei gewesen ist.

Ich muß nun aber eine solche Substitution, sofern daraus praktische Folgerungen gezogen werden sollen, für unstatthaft halten: denn da im römischen Rechte die Formel der actio negatoria nicht lautet, si paret rem liberam esse — wie bei dem praeiudicium

de liberali causa, si paret me liberum esse — sondern si paret adversio ius utendi fruendi, ius eundi agendi non esse, so ist der Klaggrund derselben nicht eine Freiheit der Sache, als eine Art von Recht, sondern lediglich die Negative, daß dem Beklagten keine Servitut zustehe. Es ist freilich bekannt, daß die römischen Juristen das Verhältniß, wenn auf einer Sache ein Nießbrauch oder eine Gerechtigkeit haftet, mit der Sclaverei eines Menschen, und daher das Verhältniß, wenn auf der Sache kein solches Recht haftet, mit der Freiheit eines Menschen vergleichen, und daher beständig von servitus rei und libertas rei, von res servae und res liberae reden: aber dies ist nur ein doctrinelles Gleichniß, man möchte sagen ein Spiel mit Begriffen, und findet sich in den Klagformeln, wonach sich practisch der Klaggrund bestimmt, nicht: hier ist weder von servitus rei noch von libertas rei die Rede, sondern nur von Jus mihi est und Jus tibi non est. Es ist damit gerade ebenso, wie mit der Vergleichung des Pfandrechts mit der obligatio eines Menschen, welche die römischen Juristen machen; Niemand wird deshalb behaupten, daß die actio hypothecaria eine Klage aus einer obligatio sei und daß sich auf dieselbe die Grundsätze der actiones in personam analogisch anwenden ließen.

Neben der obigen Präsumtion für die Fortdauer eines rechtlichen Zustandes wird auch wohl noch

c) von einer praesumtio pro libertate, als etwas davon Verschiedenem, auf einem favor libertatis Beruhendem — L. 24 §. 10 in fin. D. de fideicomm. libert. — geredet.

Ein solcher favor ist aber in Beziehung auf die Beweislast im römischen Rechte nicht vorhanden, vielmehr muß bei der Klage aus der Freiheit — der proclamatio ad libertatem — die Freiheit vom Kläger bewiesen werden, ebenso wie jeder andere Klaggrund.

L. 8. in f. D. de probat. L. 7. §. 5 D. l. 5 C. de liber. causa.

d) Vorzüglich beruft man sich auf die Rechtsregel, negantis non est probatio: weil der Klaggrund, Ius tibi non esse, eine reine Negation sei.

Dagegen ist zuvörderst die Bemerkung zu wiederholen, welche oben bei dem Grunde sub b gemacht ist, daß ein solcher, aus

der allgemeinen Theorie hergenommener Grund gegen die specielle gesetzliche Bestimmung in L. 15 D. de nov. ob. nunc. nicht brauchbar ist.

Sodann aber kann ich die obige Rechtsregel, wie sie sich in den Gesetzen findet,

L. 2. D. L. 23. C. de probat. L. 10. C. de non num. pec. c. 2. C. 6. qu. 5,

nur dahin verstehen,

wenn Jemand eine Behauptung des Gegners, worauf sich dieser im Prozesse gründet, leugnet, so braucht er nicht das Gegentheil zu beweisen, sondern der Gegner muß seine Behauptung, worauf er sich gründet, beweisen, so daß die Regel eigentlich nichts weiter sagt, als, der Kläger muß seinen Klaggrund, der Beklagte seine Einrede, der Kläger seine Replik u. s. w. beweisen. Es scheint mir dies namentlich aus L. 23. C. cit. und aus der Vergleichung der L. 10. C. de non num. pec. mit der L. 1. C. de probat. hervorzugehen. Die Regel ist also nicht anwendbar, wenn der Klaggrund in einer Negative besteht: hier ist die Negation eine Behauptung des Gegners, auf welche dieser sich gründet, um eine Verurtheilung des Beklagten zu erwirken, und der Beklagte, obgleich seine negative Litiscontestation affirmativ ausgedrückt werden muß, ist der negans im Sinne der Rechtsregel negantis non est probatio.

e) Ein anderer Hauptgrund ist das practische Argument, der Beweis, daß eine gewisse Servitut nicht existire, sei unmöglich.

Eine solche Unmöglichkeit des Beweises läßt sich aber nicht behaupten. Denn

erstlich hat der Kläger immer die Eidesdelation, wobei er sich auf einen Eid de credulitate niemals einzulassen braucht, sondern den Eid, wenigstens nach römischem Rechte, so deferiren kann „Tibi ius esse“.

Zweitens hat er auch andere Beweismittel, er kann ein iniustum initium possessionis beweisen, und es versteht sich, daß dieser Beweis genügt und der Kläger nicht noch außerdem zu beweisen braucht, daß hinterher kein titulus hinzugekommen sei: es ist ferner, wenn der Nachbar wirklich keine Servitut hat und doch ein servitutartiges Recht ausübt, sehr gewöhnlich, daß darüber Re-

verse vorhanden sind u. dgl. mehr. Ueberhaupt zeigt die Bestimmung des römischen Rechts, daß bei der condictio indebiti in der Regel das indebitum bewiesen werden muß,

L. 25. D. de prob.

daß das römische Recht den Beweis einer Negative nicht als etwas Unmögliches betrachtet.

— Conf. Weber Beiträge zu der Lehre von Klag. u. Einr. St. 2 u. 3. Nr. 16 p. 138.
Pfeiffer verm. Auff. Nro. 3. p. 212.
Glück, Erläuterungen d. Pand. 10 p. 256.

Schwierig ist freilich der Beweis, indessen muß man dabei erwägen, daß ja der Eigenthümer, wenn der Gegner die Servitut nicht besitzt, oder sich vi, clam, precario in deren Besitz gesetzt hat, nicht petitorisch zu klagen braucht, daß es aber ein grobes Verschulden von seiner Seite ist, wenn er den Nachbar hat unter seinen Augen in den ruhigen Besitz der Servitut kommen lassen, der in der Regel nicht ohne Wissen des Eigenthümers stattfinden kann.

f) Der letzte Grund besteht in einem argumentum e contrario aus dem Satze in der L. 5. pr. D. si usufr. pet.

Quod si forte, qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis usufructuarius ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeat, weil nämlich der Kläger abgewiesen wird, wenn er nicht Eigenthümer ist, so soll es zur Begründung der Klage genügend sein, wenn er Eigenthümer ist.

Die Hinfälligkeit dieses Arguments leuchtet von selbst ein: denn jener Satz, so wie er in der L. 5. cit. steht, kann ja ganz ebenso bei mehreren copulativen Beweissätzen aufgestellt werden, wenn der Kläger den einen nicht beweist, wird er sachfällig, ohne daß hieraus im Mindesten folgt, daß er nur diesen einen zu beweisen brauche. Es ist das gerade, als wenn man aus dem Satze,

wenn Jemand als Erbe eine Forderung zu haben behauptet und nicht beweist, daß er Erbe ist, so wird er abgewiesen, folgern wollte, er brauche nur zu beweisen, daß er Erbe sei und

nicht, daß sein Erblasser eine Forderung an den Beklagten gehabt habe.

Bei der ganzen bisherigen Untersuchung habe ich des Umstandes, ob sich der Beklagte im **Besitze** der Servitut befindet, nicht erwähnt. Ich halte nämlich diesen Umstand für irrelevant, und lege alles Gewicht auf die beiden Gründe:

aus der Regel, daß der Kläger seinen Klaggrund beweisen muß,

und aus dem Schlußsatze der L. 15. D. de nov. op. nunc.

und ich mußte der Meinung sein, daß, — wiewohl der Fall in praxi nicht vorkommen wird — wenn der Eigenthümer die actio negatoria gegen Jemand anstellen wollte, der nicht im Besitz der Servitut ist, er die Nichtexistenz der Servitut ebenfalls zu beweisen haben würde.

Die entgegenstehende Ansicht, daß sich die Beweislast bei der actio negatoria nach dem Besitzstande bestimme, gründet sich auf zweierlei:

a) Auf den allgemeinen Satz, daß für den Besitzer eine Präsumtion streite, welche ihn im Prozesse vom Beweise befreie.

Ein solcher Satz ist aber im römischen Rechte nicht erfindlich: sondern der wahre Satz des römischen Rechts ist der,

nach dem Besitzstande bestimmt sich, wer Kläger und wer Beklagter ist: wer im Besitz ist, braucht nicht zu klagen, sondern sein Gegner muß gegen ihn als Kläger auftreten, und dann allerdings seinen Klaggrund beweisen: welcher Satz von dem,

im Prozesse brauche der, welcher im Besitze sei, nicht zu beweisen, ohne Rücksicht darauf, ob er Kläger oder Beklagter sei,

ganz verschieden ist. Ich beziehe mich hier auf

Schweppe, Röm. Privatr. 4. A. B. 2. §. 213.

Tritt also Jemand mit der actio negatoria als Kläger auf, der es nicht nöthig gehabt hätte, weil sich der Beklagte nicht im Besitze der Servitut befand, hat er die partes petitoris freiwillig übernommen, so muß er beweisen, weil er Kläger ist.

b) Vorzüglich gründet man sich auf die specielle Vorschrift der L. 8. §. 3. D. si serv. vind., wo es heißt,

si quaeritur, quis petitoris, quis possessoris partes sustineat,

so solle sich das nach dem Besitzstande richten. Man legt nämlich diese Stelle so aus, daß hier von einer **bereits angestellten** actio confessoria oder negatoria die Rede, und unter den Worten „petitoris partes sustinere“ die Beweislast verstanden sei: daß also die Stelle sage, wenn eine actio confessoria oder negatoria angestellt ist, so muß, wenn sich derjenige, der die Servitut behauptet, in dem Besitze befindet, der Eigenthümer die Nichtexistenz der Servitut, im entgegengesetzten Falle aber der, welcher die Servitut behauptet, die Existenz der Servitut beweisen.

Grammatisch möglich ist diese Auslegung: denn der Ausdruck „partes petitoris sustinere“ hat außer der eigentlichen Bedeutung „Kläger sein, und **als Kläger** beweisen müssen“ allerdings auch die Bedeutung „beweisen müssen, ohne Kläger zu sein“.

L. 19. pr. D. de probat.

ich kann sie aber nicht für die richtige halten, sondern verstehe die Stelle von einem präparatorischen Verfahren, wodurch bestimmt wird, ob die actio confessoria oder die actio negatoria angestellt werden, wer als Kläger und wer als Beklagter auftreten soll. Dieses, nicht die Beweislast nach angestellter Klage, soll sich nach dem Besitzstande richten.

Meine Gründe dafür sind zwei.

α. die Worte

si quaeritur, quis petitoris, quis possessoris partes sustineat werden in mehreren andern Stellen gerade ebenso gebraucht, um das präparatorische Verfahren über die Frage, wer von beiden Theilen als Kläger auftreten solle, zu bezeichnen, und in allen diesen andern Fällen wird die letztere Frage gerade immer auch nach dem Besitzstande entschieden.

So kommt es vor

bei dem interdictum uti possidetis, als einer Bestimmung darüber, welche von zwei Personen die rei vindicatio anstellen solle:

§. 4. J. de interdict. L. 62. D. de iudic. Gaj. 4. §. 148.

bei den Klagen über den status libertatis, wo präparatorisch bestimmt wird, ob die proclamatio in libertatem oder die petitio in servitutem instruirt werden soll:

L. 7. §. 5. D. de liberal. causa

und bei den Klagen über den status ingenuitatis, wo präparatorisch bestimmt wird, ob das praejudicium, Me ingenuum esse, oder das praejudicium, Adversarium libertum esse, instruirt werden soll.

L. 14. D. de probat.

Man muß bei allen diesen Stellen daran keinen Anstoß nehmen, daß in unserem heutigen Prozesse mit Ausnahme des interdictum uti possidetis — ein solches präparatorisches Verfahren selten vorkommt — nämlich nur dann, wenn etwa zwei einander entgegengesetzte Klagen zu gleicher Zeit angestellt würden. — Wahrscheinlich sind jene Stellen Ueberbleibsel des alten Vindicationsverfahrens nach den legis actiones, wo, wie schon oben angeführt wurde, wegen der contravindicatio Anfangs beide Partheien als Kläger auftreten und daher jedesmal regulirt werden mußte, wer der Kläger sein solle. In wie weit dieses Verfahren zu der Zeit der Juristen, deren Schriften in den Pandekten excerpirt sind, noch praktisch gewesen ist, liegt ganz im Dunkeln: gewiß ist wenigstens soviel, daß es in allen Centumviralsachen noch vorkam,

Gaj. 4, §. 31. u. 95.

und nach einer Stelle bei Cicero de oratore 1, c. 38.

in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, etc. etc. parietum, luminum, stillicidiorum — — — iura versantur,

scheinen die Prozesse über servitutes praediorum urbanorum zu den Centumviralsachen gehört zu haben, wodurch sich dann die L. 8. §. 3. in serv. vind., welche, wie auch die L. 6. §. 1. ib., gerade resp. von parietes und lumina reden, ganz einfach erklären würde.

β. Nach der anderen Auslegung, wonach „partes petitoris sustinere“ die Beweislast nach angestellter actio confessoria oder negatoria bedeuten soll, müßte ja auch bei der actio confessoria der Kläger, wenn er sich im Besitze der Servitut befindet, vom Beweise frei sein: dieses aber widerspricht geradezu der Analogie des interdictum de itinere reficiendo, bei welchem der Kläger den Besitz der servitus itineris und das ius servitutis zusammen beweisen muß.

L. 3. §. 13. D. de itin. act. priv.

Wer übrigens das Gewicht auf den Besitz legt, der kommt im vorliegenden concreten Falle mit mir im Resultate zusammen, da B. im unbestrittenen Besitze der Servitut sich befindet und darin geschützt ist.

So ist meine Meinung, weil ich von dem Satze ausgehe, daß der Klaggrund der actio negatoria die negative Behauptung ist, daß dem Beklagten eine gewisse Servitut nicht zustehe. Könnte ich mich hingegen davon überzeugen, daß der Klaggrund das Eigenthum des Klägers wäre, so würde ich sogleich zu der entgegengesetzten Meinung übergehen, nämlich, daß jederzeit der Beklagte, ohne Rücksicht auf seinen Besitz, die Existenz der Servitut beweisen muß. Denn alsdann wäre die Behauptung, daß dem Beklagten eine Servitut zustehe, keine negative Litiscontestation, sondern eine Einrede und Einreden muß der Beklagte beweisen,

L. 19. pr. D. de probat.

namentlich die Einrede eines ius in re aliena gegen eine angestellte rei vindicatio.

L. 10. C. de pignor. act.

Bei jener Supposition würde auch die L. 15. D. de nov. op. nunciat. nicht entgegenstehen, denn daraus folgt nur, daß der Kläger bei der actio negatoria seinen Klaggrund beweisen muß, ohne daß dieser Klaggrund in der Stelle seinem Inhalte nach angegeben ist. Uebrigens zeigt gerade auch diese L. 15. die Unrichtigkeit der obigen Supposition: denn nach der Letzteren bestände die poena des Nachbars, welcher bei einer gegen ihn angestellten actio confessoria aus einer servitus altius non tollendi ungehorsam ist, bloß darin, daß er bei der von ihm anzustellenden actio negatoria sein Eigenthum an seinem Hause beweisen müßte, und das wäre eine gar sonderbare poena, da zwischen zwei Nachbarn, welche mit einander über eine servitus altius non tollendi prozessiren, höchst selten ein Streit über das Eigenthum an ihren eigenen Häusern sein und darüber ein Beweis verlangt werden wird. Ich kann daher die L. 15. de nov. op. n., welche ich oben als Beweis für den Satz gebraucht habe, daß bei der actio negatoria der Kläger seinen Klaggrund beweisen

muß, auch den Gründen für den Satz, daß dieser Klaggrund nicht bloß in seinem Eigenthume besteht, noch hinzufügen.

Was die Meinungen der Schriftsteller anbetrifft, so gehört die Frage von der Beweislast bei der actio negatoria zu den bekanntesten Controversen, bei welchen sich auf beiden Seiten gleich viele und gleich berühmte Namen nennen lassen und die bis auf diesen Augenblick auf beiden Seiten mit Lebhaftigkeit verfochten wird. Für meine Deduction, wobei ich keine Rücksicht auf den Besitzstand des Beklagten nehme, weiß ich nur eine einzige Autorität anzuführen, die des verstorbenen Oberappellationsraths Schweppe im

Römisch. Privatr. B. 2. §. 314.

Desto größer ist die Anzahl der Autoritäten für den Fall, wenn der Beklagte besitzt, und für die Deduction aus dem Besitze.

Lauterbach colleg. 8, 5. §. 11.
Mevii decis. 8, 292.
Cocceji ius contr. 8, 5 qu. 3.
Westenberg princ. jur sec. ord. Dig. 8, 5. §. 12.
Westphal de libert. et servit. pr. §. 969.
Pfeiffer, verm. Auff. Nro. 3. §. 26—31.
Weber, Beiträge z. d. Kl. u. Einr. 81. 2. u. 3. Nro. 16.
Thibaut, Pand. 6. A. §. 625.
Seuffert, Erörter., 2. Abth. Nro. 16.

Einen Aufsatz in Linde Zeitschr. 1. Nro. 5 habe ich nicht Gelegenheit gehabt zu vergleichen.

Die Praxis ist ebenfalls schwankend und bei

Cocceji loc. cit. und
Berger, oecon. iur. lib. 2. tit. 3. §. 22. Not. 8.

finden sich praejudicia für die Meinung, daß im Fall des Besitzes — der Beklagte vom Beweise frei sei. Daß sich namentlich in Hamburg keine entschiedene Praxis in contrarium findet, zeigt das vorliegende Urtheil des Obergerichts, wozu der Sachführer des Beklagten noch ein anderes Präjudicium vom Jahre 1827 angeführt hat.
